

Arbitraje y jurisdicción estatal: su coordinación en una perspectiva latinoamericana*

María Fernanda VÁSQUEZ PALMA**

Profesora Derecho Comercial, Universidad de Talca

Sumario: I. Contextualización previa. 1. Estado general de la legislación arbitral en América Latina. 2. La necesaria interacción para la eficacia del arbitraje, como principio básico en el ámbito internacional. II. Revisión de la situación arbitral legislativa de América Latina. 1. Distinciones y rasgos comunes. 2. Efecto negativo del convenio arbitral. 3. Principio de intervención mínima de los tribunales estatales en el proceso arbitral. A. Función de apoyo. B. Función de control. 4. Reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales. III. Reflexión final.

I. Contextualización previa

1. Estado general de la legislación arbitral en América Latina

No se puede hablar de la legislación arbitral latinoamericana como una unidad normativa. Éstos países están lejos de sentar deliberadamente cimientos comunes en la mayoría de las materias, incluido el arbitraje; no obstante ello, si podemos decir que la mayor parte de sus legislaciones han sufrido un proceso paralelo y análogo en lo referente al instituto arbitral, caracterizado por un histórico resquemor del arbitraje, hoy superado¹, y el intento inusitado de modernización. En efecto, si bien en una primera etapa existía una aversión generalizada hacia el arbitraje, ésta comenzó a ceder desde el año 90² girando en un sentido completamente opuesto, en tanto, la preocupación se deslizó hacia un objeto único y ambicioso como era convertirse en un referente en materia arbitral³.

* Este trabajo se inserta en el Proyecto Fondecyt (Nº 11090227) en que la autora es investigadora responsable.

** Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho privado, Universidad de Talca-Chile. Profesora Derecho Comercial, Universidad de Talca. E mail: mfvasquez@utalca.cl

¹ Vid. M.F. Vásquez Palma, "¿Están preparados los países latinoamericanos para ser sedes de arbitraje?", *Rev. Internacional de arbitraje*, nº 10, pp. 109-174.

² R. Santos Belandro, "Una nueva actitud de los Estados latinoamericanos hacia el arbitraje", en *Rev. Iberoamericana de Arbitraje*, 4 de noviembre de 2003, disponible en <http://www.servilex.com>.

³ Lo que J. Kleinheinsterkamp califica como la "nueva cultura del arbitraje", *Commercial Arbitration in Latin America*, 2005, Oceana Publications, Inc. United States of América, 2005. Sobre el crecimiento y ámbito de desarrollo de este arbitraje, Vid., F. Mantilla Serrano, "Major Trends in International Commercial Arbitration in Latin America", *Jour. Int'l Arb.*, vol. 17, Nº 1, 2000; P. Mason y M. Gomm-Santos, "News Keys to Arbitration in Latin América", *Jour. Int'l Arb.*, vol. 25, nº 1, 2008, pp. 31-69.

Este inusitado apresuramiento por fortalecer el arbitraje, principalmente en el ámbito comercial internacional⁴, tuvo por finalidad, entre otros factores, constituirse en una atractiva sede de arbitraje. Para ello, —comprendiendo que requerían de un marco jurídico adecuado a los actores involucrados en estas controversias— los países dan dos pasos cruciales: 1. Suscribir —los que no lo habían hecho— las Convenciones de Nueva York (1958)⁵, sobre Reconocimiento y la Ejecución de laudos arbitrales extranjeros, y de Panamá (1975), sobre arbitraje internacional⁶, y 2. Adoptar o inspirar sus legislaciones en la Ley Modelo Uncitral (LMU)⁷. Tal actuar desató lo que se denominó una verdadera “fiebre” por incorporar el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias⁸, empero ello no se realizó bajo la misma lógica⁹, pues si bien algunos países adoptaron íntegramente la LMU, otros se limitaron a integrar determinados aspectos de la misma; o bien, la

⁴ Los intereses que motivaron esta modificación fueron principalmente económicos o de participación en el comercio, a lo que se suma su deseo de eliminar los inconvenientes legales que podría encontrar el particular (inversor), el querer convertirse en sede de arbitraje. Entre otros, *Vid.* J.C. Fernández Rozas, “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, *Estudios de arbitraje, Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azocar*, Santiago de Chile, 2007, p. 699; G. Palao Moreno, “Nuevas tendencias en materia de arbitraje comercial internacional en América Latina”, *Arbitraje y justicia en el siglo XXI* (coord. S. Barona Vilar), Madrid, 2007, pp. 212–213, quien, además, cita en relación a este “éxito” del arbitraje en América Latina la contribución de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), la meritoria labor desarrollada por los Centros de Arbitraje y Cámaras de Comercio en determinados Estados y la labor desarrollada por el Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo (BID–FOMIN); B.M. Cremades y D.J.A. Cairns, “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *RCEA*, 2002, pp. 15–61. Sobre la acogida del arbitraje e Latinoamérica y los posibles puntos de fricción, *Vid.* R. Santos Belandro, “Se ha instalado un provechoso *quid quo* en los Estados Latinoamericanos respecto del arbitraje”, en *Rev. Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2004, t. XVI, mayo, pp. 427–433.

⁵ Un listado de los Estados que han ratificado esta Convención y las fechas: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

⁶ *Vid.* <http://www.oas.org>

⁷ Para revisar los países que han promulgado la LM sobre arbitraje comercial internacional, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

⁸ México fue el primer país que adoptó la Ley Modelo de 1985 en 1993 (Decreto de 1993 que modifica el Código de Comercio), luego lo harán Guatemala (Decreto N° 67 de 1995); Ley de Arbitraje Perú (Ley 26.572, 1996, General de arbitraje); Brasil (Ley 9037 de 1996 sobre arbitraje); Costa Rica (Ley 7.727 de 1997 sobre Resolución de conflictos y promoción de la paz social); Bolivia (Ley 1770 de 1997 de arbitraje y conciliación); Ecuador (Ley RO/145 de 1997); Venezuela (Ley de Arbitraje Comercial de 1998); Colombia (Decreto 1818 de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de resolución de disputas); Panamá (Decreto n° 5 de 1999, que establece el Régimen general de arbitraje); El Salvador (Decreto n° 914 de 2002 Ley de mediación, conciliación y arbitraje); Chile (Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional); Paraguay (Ley 1879 de 2002 de medios de resolución de conflictos); y Nicaragua (Ley n° 540 de 2005 Ley de Mediación y Arbitraje).

⁹ Lo cierto es que cada Estado tiene sus propias características, intereses e ideas respecto de la forma en que debieran desarrollarse los arbitrajes en su territorio, y ni siquiera los países que han adoptado la LMU se han podido resistir a incorporar sus propias disposiciones específicas. Por ello la idea de una *lex arbitri* universal parece tan ilusoria como la paz mundial. *Vid.* A. Redfern; M. Hunter; N. Blackaby y C. Partasides, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Thomson–Aranzadi, 4ª ed., 2006, *op. cit.*, p. 167. Para G. Palao Moreno, se podría dividir las legislaciones entre aquellas que siguen de cerca la LMU, entre las que se encuentra Chile, Guatemala, México, Nicaragua, mientras que en otros casos el legislador se ha distanciado sensiblemente de aquellas, “Nuevas tendencias...”, *loc. cit.*, pp. 215–216.

establecieron sólo para el arbitraje internacional, dejando vigente la legislación interna al margen de aquélla¹⁰.

Bajo este manto de diversidad, cada una de las legislaciones contempla un especial diseño del instituto arbitral y, por ende, del tema que nos ocupa, esto es: Las relaciones que se generan entre la justicia estatal y la arbitral. Intentaremos responder cómo resuelven los respectivos marcos normativos las interrelaciones que se generan entre ambos estadios, realizando a estos efectos un análisis crítico de la situación actual. Para lograr lo anterior, requerimos discernir previamente, desde un enfoque general, en qué radios de acción pueden presentarse estas relaciones, cuál es su fundamento y la importancia de su exacta comprensión. Hecho lo anterior, transitaremos derechamente por la situación particular que recoge cada una de las legislaciones arbitrales latinoamericanas centrada en tres de los puntos que consideramos más relevantes en tal contexto: a) efecto negativo del convenio arbitral; b) principio de intervención mínima; y c) reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

2. La necesaria interacción para la eficacia del arbitraje, como principio básico en el ámbito internacional

Si bien, es consustancial al arbitraje la exclusión de la jurisdicción estatal, en el marco de ciertas materias y derechos¹¹ – o que se percibe con todas sus fuerzas a partir del efecto negativo del convenio arbitral– también lo es la necesaria interacción entre ambos sistemas. Sabemos que aún cuando la institución arbitral requiere consagrar su autonomía e independencia de cualquier otro orden establecido, ello no implica que los tribunales estatales queden completamente al margen de un procedimiento arbitral. Las relaciones entre los tribunales judiciales y arbitrales se desarrollan en dos dependencias diferentes de un mismo edificio¹² donde el arbitraje no se presenta en ningún caso como una posición contraria a aquélla, ni como un “compartimiento estanco”, al contrario, entre ambas vías de resolución de conflictos existe un amplio abanico de posibilidades de interacción¹³.

¹⁰ Para un completo análisis comparativo de la normativa de la Región puede consultarse J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, 2008. También C. Conejero Roos, “El impacto de la ley CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo”, *RCEA*, 2004, pp. 255 y sgtes.

¹¹ Refiriéndose a esta temática, *vid.* C. Senes Motilla, *La intervención judicial en el arbitraje*, *op. cit.*, p. 24.

¹² Tal como señala J.C. Fernández Rozas, no es factible desvincular la institución arbitral de la actividad jurisdiccional del Estado y, en contrapartida, debe exigirse que los jueces que intervengan en asuntos arbitrales mantengan la corrección técnica precisa y cumplan estrictamente con el arbitraje a fin de que éste se desarrolle con naturalidad., *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2007, p. 626; *id.*, “El arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 19, 2005, pp. 55–91.

¹³ En este sentido, E. Verdura y Tuells plantea que el éxito del arbitraje depende del buen funcionamiento de la justicia y el peor enemigo del procedimiento arbitral es la eficacia de la jurisdicción, “Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial”, *RCEA*, 1994, pp., 137–177. En la misma

De este modo, arbitraje y judicatura ordinaria serán excluyentes entre sí en cuanto a la competencia para conocer y resolver de una determinada materia debido a la eficacia del convenio, mas, el arbitraje requerirá de la jurisdicción estatal una cierta colaboración para el éxito de sus actuaciones provocándose la complementariedad de ambos en diferentes planos¹⁴. Ello se debe, básicamente, al hecho que el instituto arbitral presenta variadas limitaciones, de manera que sin la posibilidad de recurrir a la justicia estatal el arbitraje sería un mero contrato o procedimiento privado previo a la vía judicial ordinaria¹⁵. En otras palabras, esta institución no puede plantearse como una fórmula contra los tribunales¹⁶, ni puede pensarse en él como un cauce exclusivamente privado de resolución de conflictos, ya que la colaboración de los tribunales estatales es un punto esencial en aras de la tutela pretendida y, por tanto, la coexistencia de ambos sistemas debe admitirse como necesaria e inevitable frente a determinados supuestos¹⁷. Lo anterior equivale a reconocer que el procedimiento arbitral no es autónomo en un cien por cien y, por tanto, no actúa siempre en paralelo a la justicia estatal, sino que requiere la colaboración de estos tribunales para cumplir determinados objetivos imprescindibles para el equilibrio y la eficacia del mismo¹⁸.

No obstante, se debe considerar como idea fundamental que esta “necesaria” intervención se debe plantear en los términos más restrictivos posibles, toda vez que mientras mayor es la intervención judicial en el arbitraje¹⁹, menor podrá ser la eficacia de éste último, de modo que aquélla se debe efectuar por medio de concretas actuaciones que no desnaturalicen la esencia del instituto arbitral, sino más bien colaboren con ella, o ejerzan un control sobre determinadas cuestiones esenciales²⁰. Ello es elemental para evitar que el

dirección, A. Bernardo San José, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada, 2002, p. 2 ss.

¹⁴ Vid. L. Goswami, “Interim Reliefs: The role of the Courts”, *Internacional Arbitration and National Courts: The Never Ending Store*, ICCA International Arbitration Conference, La Haya, 2001, pp. 111 ss.

¹⁵ Aquí se encontraría la clave para considerar el arbitraje como una competencia privada que toma la forma de un equivalente jurisdiccional y que al provenir de un ámbito exterior al servicio público de la justicia estatal, necesita de ésta para lograr su plena efectividad material. J. Merino Merchán, *Estatuto y responsabilidad del árbitro*, *Estatuto y responsabilidad del árbitro*, Ley 60/2003 de arbitraje, Navarra, 2004, pp. 32 y 33.

¹⁶ Cf. R. Sandoval López, “La normativa Uncitral sobre arbitraje comercial internacional como instrumento de unificación”, *Estudios de arbitraje*, op. cit., pp. 499–500.

¹⁷ En este mismo sentido S. Barona, *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, 2004, Barcelona, 2004, p. 63; id., *Medidas cautelares en el arbitraje*, Madrid, 2006, p. 53.

¹⁸ Vid. F. Cerdón Moreno, *El arbitraje de Derecho privado. Estudio Breve de La ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje*, Pamplona, 2005, p. 58.

¹⁹ Sobre este limitado rol, Vid. L. Goswami, “Interim Reliefs: The Role of the Courts”, *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Store*, op. cit., pp. 114 ss.

²⁰ El principio de intervención mínima recogido en el art. 5º LMU, se ha extendido en la generalidad de las legislaciones europeas, sólo la *Arbitration Act* inglesa de 1996, parece mantener una situación de control del arbitraje por parte de los jueces estatales. Comentando esta situación, Vid. C. Espugles Mota, “Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa”, *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, (coord. Silvia Barona), Cizur Menor, Thomson – Civitas, 2007, pp. 202–203.

recurso a la jurisdicción estatal se utilice en forma abusiva y entorpecedora del arbitraje, debiendo resolver las dudas surgidas en la práctica arbitral a favor de la mínima intervención de los tribunales²¹. De la mano de lo anterior, vemos como se contraponen dos cuestiones fundamentales, por un lado la eficacia del arbitraje como medio final de resolución de controversias y, por el otro, la seguridad jurídica de los participantes y el respeto en cada itinerario procesal de sus derechos fundamentales²².

Para cumplir con éxito estas funciones y no empantanar la eficacia del instituto arbitral es recomendable que la legislación tenga claramente señalados los tribunales a los que les corresponderá la práctica de estas funciones y su oportunidad, lo que podrá beneficiar no sólo la seguridad de los actores del proceso arbitral, sino que además, contribuirá en buena medida a la especialización de éstos órganos y a la uniformidad de las sentencias por ellos dictadas²³. En tal sentido, la existencia de claras normas de colaboración de los tribunales estatales resultará también esencial, para la buena praxis y eficaces resultados del arbitraje.

En general estas funciones pueden agruparse en dos cuestiones fundamentales: apoyo y control. En el primer caso el juez estatal estará llamado a prestar apoyo o auxilio a las decisiones arbitrales que requieran de imperio o afecten a terceros del juicio, lo que importa una garantía frente al orden público general, pero no pueden ejercer funciones de control²⁴. Estos tribunales no pueden negarse a prestar la asistencia necesaria para la prosecución del arbitraje, excepto si aparece manifiesta la inexistencia prima facie del convenio arbitral²⁵, con lo que se pone en evidencia que el tribunal estatal no puede examinar a priori ni la validez del convenio arbitral, ni la arbitrabilidad de la controversia²⁶. El juez estatal tiene por misión velar por el respeto del acuerdo de las partes, en tal sentido, el juez de apoyo deberá intervenir para evitar la inoperabilidad o ineficacia de un procedimiento arbitral, por ejemplo, por mala redacción del convenio arbitral o por carencia o inexistencia de la institución arbitral designada que impida la puesta en marcha del arbitraje, o porque el procedimiento acordado vulnera la igualdad de las partes. Por su parte, los de control, tienen como función revisar que las sentencias dic-

²¹ C. Senes Motilla, *La intervención judicial en el arbitraje*, Cizur Menor, 2007, p. 27.

²² Sobre la forma y caso en que un tribunal local puede intervenir en relación a un arbitraje internacional, Vid. N. Maitra, "Domestic Court Intervention in international Arbitration—The English View", *Jour. Int'l Arb.*, vol. 23, n° 3, 2006, pp. 239–248.

²³ Sobre la tendencia en la especialización de los tribunales, Vid. J.C. Fernández Rozas, "Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje", *La nueva ley de arbitraje*, 2007, p. 101.

²⁴ J. Burgos Ladrón de Guevara, "La intervención jurisdiccional del arbitraje", *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva ley de arbitraje*, op. cit., p. 68.

²⁵ Así lo establece, por ejemplo, la exposición de motivos de la nueva ley de arbitraje española.

²⁶ Cf. F. Mantilla-Serrano, "La nueva ley española de arbitraje", *Revista internacional de arbitraje*, Bogotá, n° 3, abril-junio, 2004.

tadas por los árbitros se ajusten a lo establecido por la ley, según corresponda a cada procedimiento, sin entrar a valorar el fondo de lo debatido en el juicio. En este contexto se establecen recursos tendientes a comprobar el respeto de las garantías procesales, tales como la igualdad, audiencia y contradicción del procedimiento y demás trámites esenciales para la validez del proceso como la legalidad del nombramiento de árbitros, la revisión del convenio arbitral y su puesta en marcha, la revisión del contenido del laudo y su coherencia con las pretensiones planteadas por las partes, que el laudo no sea contrario al orden público, ni se pronuncie sobre una materia inarbitrable.

Para no perjudicar impropia mente la eficacia del arbitraje, se estima que las causales que hacen procedente el referido control deben ser específicas y taxativas, así como los plazos, procedimiento y órganos competentes para su conocimiento determinados previamente²⁷, de modo de evitar que los tribunales estatales intervengan frente a cualquier petición de las partes litigantes o por cualquier vía. Para ello, siguiendo a la LMU, se establece un recurso de tipo general por medio del cual controlan los laudos arbitrales para que estos no contravengan disposiciones de orden público o normas imperativas.

Otra posible forma de relación que se produce cuando ambos sistemas confluyen o “chocan” de cara a la solución de una determinada controversia, esto sucede en aquellos casos en que se pretende someter a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de un asunto sobre el que van a conocer, están conociendo, o han conocido ya los árbitros. Se alude en estos casos a las “relaciones de concurrencia o de incompatibilidad entre jurisdicción y arbitraje”²⁸, tema que por su envergadura dejaremos reservado para otra oportunidad.

Pasamos, de esta forma, a ocuparnos de manera específica en las relaciones generadas entre jurisdicción y arbitraje desde una óptica latinoamericana en los puntos indicados más atrás, otorgando previamente un marco general de sus estadios normativos.

II. Revisión de la situación arbitral legislativa de América Latina

1. Distinciones y rasgos comunes

Aún cuando las legislaciones latinoamericanas han seguido caminos independientes y paralelos al regular el arbitraje comercial internacional, puede predicarse un rasgo común que lo guía, esto es, la introducción de la LMU como máximo referente²⁹. Sólo Argentina³⁰ y Uruguay³¹ desatienden comple-

²⁷ Así, por ejemplo, la LMU, establece un catálogo de estas causales en sus arts. 34 y 36 y lo mismo acontece con el Convenio de Nueva York.

²⁸ Para un análisis sobre los supuestos, los criterios de aplicación y las vías de exclusión que operan en esta materia, *vid.* A. Bernardo San José, *op. cit.*, pp. 3 ss.

²⁹ Sobre las diversas formas que se adoptan sobre esta materia, *Vid.* F. Cantuarias Salaverry, “Problemática general...”, *loc. cit.*, pp. 10–18.

³⁰ *Vid.* Libro IV. Código Procesal Civil y comercial de la nación, del proceso arbitral. No obstante, es justo señalar que se han presentado sobre la materia ya cuatro los proyectos de arbitraje, el último

tamente la LMU (pero cuyos proyectos de reforma que aún están en tramitación si lo hacen), las restantes, de manera más o menos categórica, manifiestan una cercanía con dicha ley pues se han basado en ella (Costa Rica³², Cuba³³, El Salvador³⁴, Brasil³⁵, Venezuela³⁶, Paraguay³⁷, México³⁸, Bolivia³⁹, Panamá⁴⁰, Guatemala⁴¹, Perú⁴², Rep. Dominicana⁴³, Honduras⁴⁴, Nicara-

data del año 2005 (que entró oficialmente al Senado de la Nación el 02 de agosto de 2007) inspirado en la LMU. Vid. R.J. Caivano, "Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje", *La Ley* (Buenos Aires), año LVIII, n° 58, 18 de marzo de 1994; J.C. Fernández Rozas, *Tratado...*, op. cit., pp. 235–243; M. Noodt Taquela, "Avances del proyecto de ley argentina de arbitraje respecto de la Ley Modelo Uncitral", *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina—Liber amicorum Jürgen Samtleben* (coords. J. Kleinheisterkamp y G. Lorenzo), Montevideo, 2002, pp. 719–741; V. Macchia e I. Zapiola, "Arbitraje comercial internacional en Argentina: marco legal y jurisprudencial", *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, Bogotá, 2009, pp. 111–140.

³¹ Vid. Título VIII, Código General del Proceso. En Uruguay también se han presentado proyectos de ley arbitral, Vid. <http://www.presidencia.gub.uy/proley/2004proley.htm>. S. González y F. Gómez, "Arbitraje comercial internacional en Uruguay: marco legal y jurisprudencial", *Arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, op. cit., pp. 689–720.

³² Costa Rica aprobó su Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social n° 7727 en 1997.

³³ D.L. n° 250, Sobre la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, de 2007.

³⁴ Ley de Conciliación, mediación y arbitraje contenida en el Decreto legislativo N° 914, 2002.

³⁵ La Ley de Arbitraje n° 9307, de 23 de septiembre de 1996. Sobre el tema, Vid. C. Nehring Netto, "The New Brazilian Arbitration Law", *The ICC International Court of Arbitration Bulletin – International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 11–14. W. Widdrowitz Neto, E. Cristina Cavalho, L. Azevedo Correa y R. Martins de Oliveira, "El arbitraje comercial internacional en Brasil: Marco legal y jurisprudencial", *Arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, op. cit., pp. 169–195.

³⁶ Venezuela cuenta con una nueva Ley de Arbitraje Comercial No. 36.430, de 1998. Sobre el particular, Vid. N. Urdaneta & J.H. Rooney, Jr., "The Law and Practice of International Commercial Arbitration in Venezuela", *World Arbitration & Mediation Report*, vol. 11, n° 1, 2000, p. 20. L. Aranque Benzo, A. Almádoz Monterola y J. Eliaz, "El arbitraje comercial internacional en Venezuela: marco legal y jurisprudencial", *Arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, op. cit., pp. 723–765.

³⁷ Ley 1879 de 2002 de Arbitraje y Mediación.

³⁸ Código de Comercio, Título IV, del arbitraje comercial. Vid. J.C. Treviño, "International Commercial Arbitration in Mexico", *The ICC International Court of Arbitration Bulletin – International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 54–60. S. García-Cuellar y M^a Rocha, "Arbitraje comercial internacional en México: marco legal y jurisprudencial", *Arbitraje comercial en Iberoamérica*, op. cit., pp. 475–506.

³⁹ Ley de Arbitraje y Conciliación n° 1770, de 1997.

⁴⁰ DL n° 5, del 8 de julio de 1999, por la cual se establece el régimen general del arbitraje en la conciliación y la mediación. Si bien esta ley ha recogido casi en su integridad la LMU, lo cierto es que se aplican varias disposiciones locales que limitan significativamente la práctica del arbitraje internacional. Vid. G. Boutin, "La noción de arbitraje comercial internacional", *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, disponible: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-03.shtml>.

⁴¹ Ley de Arbitraje No. 67–95. Vid., S.Marcos Ibarguen, "Arbitration in Guatemala", *The ICC International Court of Arbitration Bulletin – International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 45–49.

⁴² Nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n° 1071, 2008, antes de ella se encontraba la Ley General de Arbitraje (LGA) peruana (Ley No. 26.572). Para una descripción general de las disposiciones de la nueva ley, Vid. C. Soto Coahuila, "Arbitraje comercial internacional en el Perú. Marco legal y jurisprudencial", *Arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, op. cit., pp. 603–638. En relación a la antigua LGA peruana, vid. F. Cantuarias Salaverry, "La Nueva Ley General de Arbitraje –Ley No. 26572", *Gaceta Jurídica*, t. 25, Lima, 1996.

⁴³ Ley n° 498–08.

⁴⁴ Ley de Conciliación y Arbitraje –Decreto n° 161–2000.

gua⁴⁵, Colombia⁴⁶ y Ecuador⁴⁷, Chile⁴⁸). A partir de este hecho, y a pesar de existir diversidad legislativa, se han arraigado –o pretenden que así sea– ciertos principios modernos del este instituto, como son la autonomía e independencia del acuerdo arbitral, el principio competencia–competencia, la simplificación del convenio arbitral, entre otros de indudable importancia⁴⁹, tomando para ello en consideración lo dispuesto en la LMU.

Dada la innegable heterogeneidad existente entre estas legislaciones, procede realizar un par de distinciones: 1. Están aquellas legislaciones que se han dictado con miras de regular específicamente el arbitraje comercial, como ocurre con Brasil, Colombia, Chile, España, Guatemala, Paraguay, México, Perú, Portugal, República Dominicana, Venezuela, así como Argentina y Uruguay en sus respectivos proyectos legislativos; mientras las restantes han optado por una reforma integral que mira al arbitraje en el contexto de medios alternativos de resolución de conflictos (MASC)⁵⁰, en que el principal móvil

⁴⁵ Ley n° 540, de 2005, que contiene la ley de mediación y arbitraje.

⁴⁶ Colombia cuenta con el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, por medio del Decreto n° 1818, de 1998. La dimensión interna está considerada en Colombia por el Decreto 2279, de 7 de octubre de 1989. Sobre el particular, *vid.* M. Gerardo Monroy Cabra, “El arbitraje internacional en Colombia”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-07.html; F. Mantilla–Serrano, “Colombian Arbitration Legislation”, *The ICC International Court of Arbitration Bulletin –International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 21–31.

⁴⁷ Ley de Arbitraje y Mediación n° 145 de 1997 del Ecuador. Sobre el tema, *vid.* A. Larrea–Falcoy, “Arbitration in Ecuador”, *The ICC International Court of Arbitration Bulletin –International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 41–48; y, X. Andrade Cadena, “Las ventajas del Arbitraje Internacional: Una perspectiva ecuatoriana”, *Rev. Iberoamericana de Arbitraje*, disponible en: http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/ventajas_internacional.html, pp. 5–14.

⁴⁸ Ley 19.971, sobre arbitraje comercial internacional. La nueva ley no sólo sigue las inspiraciones de la LMU, sino que la copia prácticamente de forma íntegra. Precisamente, uno de los criterios que guió al grupo de trabajo desde el inicio de sus actividades fue el no apartarse de la Ley Modelo, pues no se deseaba dar la imagen de que se estaba haciendo un experimento a nivel internacional; por el contrario, se perseguía mostrar seriedad y confianza ante la comunidad jurídica y empresarial internacional y brindar seguridad a los inversionistas y contrapartes extranjeras, creando un régimen jurídico aplicable a la resolución de controversias internacionales. De esta manera, se consideró que el tener una ley eventualmente idéntica al modelo facilitaría enormemente el conocimiento de la normativa chilena por los actores extranjeros, los que podrían reaccionar con incertidumbre ante cualquier desvío de la LMU, *vid.*, J.E. Figueroa Valdés, “Tópicos de la Ley n° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional”, *Estudios de arbitraje*, *op. cit.*, pp. 391–404; R. Sateler, “Historia de la Ley n° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional”, *Estudios de arbitraje, Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azocar*, *op. cit.*, pp. 381–383; M.F. Vásquez Palma, *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*, Santiago de Chile, 2009.

⁴⁹ H. Grigera Naón, “Recent trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America”, *Law Of International Business And Dispute Settlement In The 21 st Century*, 1998, p. 95.

⁵⁰ En este contexto cabe situar la IV Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales supremos de Justicia de Santa Cruz de Tenerife (2001), según la cual, los poderes judiciales deben asumir el compromiso de “combinar los esfuerzos nacionales e internacionales en la aplicación de los métodos alternativos de resolución de conflictos que permitan generar directrices y políticas integradoras con esfuerzos compartidos y de clara atención a todos los sectores de la sociedad, a fin de que la justicia se convierta en un servicio de alcance directo, fácil y accesible que la comunidad valore por su efectividad. *Vid.* http://www.tjs.gov.ve/informacion/miscelaneas/declaración_VI_Cumbre.html También resulta reveladora la labor del BID basada en la conveniencia de fomentar dentro de la

reside en alivianar la carga de trabajo de los tribunales estatales y suministrar un tratamiento integral que de manera extensa brinde soluciones heterocompositivas y autocompositivas interrelacionándolas entre sí, así ocurre con Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá.

Desde otra óptica, debemos distinguir entre aquellos países que han optado por un sistema de arbitraje único o monista establecido en igualdad de condiciones tanto para el arbitraje doméstico como internacional, de aquél que ha apuntado justamente en la dirección contraria. Dentro del primer grupo encontramos a Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Rep. Dominicana y Venezuela. En la otra vereda se encuentran Chile, Colombia⁵¹, Cuba, Ecuador y Uruguay en su proyecto de ley.

Dentro de este último contexto, conviene precisar que no todas las legislaciones han optado por un criterio unívoco a la hora de determinar la “internacionalidad del arbitraje”, en tal sentido, si bien la mayoría ha seguido un criterio jurídico para definir la internacionalidad del arbitraje siguiendo a la Ley Modelo que se reduce a encontrar un elemento de extrañero o foráneo referido a una base jurídica, o al litigio mismo (art. 1, n°3 LMU) (Chile, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, y Venezuela), otros han optado por una mezcla del criterio anterior con uno de índole económica (*v.gr.*, si pone en juego los intereses del comercio internacional), tal es el caso de Argentina, Ecuador y Panamá.

2. Efecto negativo del convenio arbitral

En el ámbito contractual –tal como señalamos más atrás–, la mayor parte de las legislaciones latinoamericanas han dado los pasos esperados, estos son: 1. Alejarse de la distinción otrora reinante entre compromiso y cláusula compromisoria⁵², 2. Reconocer el principio de la separación o autonomía del con-

cultura jurídica el acercamiento de los interesados en la solución de sus diferencias, por medio del diálogo y la utilización de medios alternativos de controversias. *Vid.*, J.C. Fernández Rozas, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 222.

⁵¹ Colombia si bien diferencia entre el arbitraje nacional y el internacional, presenta un panorama poco claro en relación al instituto arbitral, por ejemplo, no se refiere al arbitraje en cuanto tal, sino más bien al arbitramento técnico, de contratos de concesión para la prestación del servicio público de electricidad, arbitramento laboral, para luego ocuparse del arbitraje de inversiones incorporando las normas de la Convención de Washington; la única disposición que en realidad se refiere al arbitraje comercial internacional es el art. 197, pero a pesar de ella, no podría esgrimirse que ella desarrolle o trate el arbitraje comercial internacional de manera particular. Algo similar acontece con la normativa ecuatoriana, pues la Ley de arbitraje y mediación, No. 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997, establece en su art. 41 cuándo un arbitraje podrá tomar el carácter de internacional, pero la única disposición que se ocupa de su regulación es el art. 1 siguiente.

⁵² Así, encontramos la legislación Boliviana (art. 10); de Ecuador (art. 5°), Guatemala (art. 4°); Honduras (art. 37); México (art. 1423); Venezuela (art. 5°)⁵²; Perú (art. 98); Panamá (art. 7° a 9°); y Chile (Art. 7°). Distinta es la situación, al menos en apariencia, de la legislación de Costa Rica, pues no alude a ningún instrumento en particular, sólo se limita a señalar que “Cuando las partes hayan con-

venio arbitral en relación al contrato en que pueda estar inserto⁵³ y 3. Reconocer el principio competencia—competencia⁵⁴. Estas materias se conectan con el reconocimiento del efecto negativo del convenio arbitral, que implica que ante la alegación de nulidad de este instrumento por alguna de las partes del conflicto ante los tribunales estatales, éstos últimos se excusen de conocer y resolver tal asunto en base a su incompetencia, dejándolo en manos de la justicia arbitral, a menos que el convenio sea nulo, ineficaz o imposible de ser ejecutado.

Se trata de uno de los primeros casos en que el tribunal estatal puede intervenir en un arbitraje, de manera que plantear esta medida es plenamente pertinente y trascendente en el éxito del arbitraje. Antes de ella, la mayor parte de las legislaciones guardaban silencio sobre el o los pasos que la justicia estatal debía dar en relación a la alegación de nulidad o ineficacia del convenio arbitral, y en muchos casos, el acuerdo se tornaba ineficaz precisamente ante la alegación de nulidad formulada por una de las partes, en tanto aquella podía ser incluso presentada y resuelta en segunda instancia, y mientras tanto ser vista la contienda u objeto del acuerdo arbitral por los tribunales estatales⁵⁵, invalidando en el hecho la competencia de los tribunales arbitrales para conocer de estos asuntos.

Ahora bien, a pesar que este efecto fue prontamente reconocido en la CNY (art. II.3º)⁵⁶, no fue sino con el seguimiento de la LMU que este principio logró asentarse en las legislaciones latinoamericanas. La LMU en su art. 8º⁵⁷ obliga al tribunal estatal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo arbitral, a remitir a las partes al arbitraje, si lo solicita

venido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se opongan a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley” (art. 18). Brasil quiebra tal postulado al continuar realizando la distinción entre la cláusula compromisoria del compromiso.

⁵³ Si bien hace un par de años este principio no era reconocido de manera formal por ninguna de las legislaciones latinoamericanas, hoy en día varias de ellas lo consagran expresamente, como ocurre con Guatemala (art. 21); Venezuela (art. 7º); Chile (art. 16 Ley 19.971), Brasil (art. 8º), Bolivia (art. 11); Costa Rica (art. 37.2º); Honduras (art. 39); México (art. 1432); Perú (art.106); Paraguay (art. 19); Colombia (art. 118); Panamá (art. 11). De una manera menos rigurosa, lo presenta la legislación ecuatoriana al señalar en su art. 5 parte 3º que “La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”.

⁵⁴ Este principio hasta hace poco, no gozaba de reconocimiento legislativo en los países de la región, hoy en día tal realidad ha variado, pues se ha concretado de manera expresa en la ley arbitral de Bolivia (art. 32); Brasil (art. 8º Parágrafo único); Colombia (art. 207); Costa Rica (arts. 37 y 38); Guatemala (art. 21); Honduras (art. 60); México (art. 1432); Paraguay (art. 19); Panamá (art. 17); Perú (106); Venezuela (arts. 7º y 25º) y Chile (art. 16.1º). Sólo Ecuador guarda silencio sobre el particular

⁵⁵ Así sigue ocurriendo en la legislación arbitral interna chilena. *Vid.* M.F Vásquez Palma, *Arbitraje en Chile...*, *op. cit.*, pp. 374 ss.

⁵⁶ Que dispone: “El tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

⁵⁷ Si bien este principio ya estaba consagrado en la CNY (art. II), tal precepto no contaba con la misma eficacia que el antes señalado, pues no se confiere cauce ni plazo para hacer valer este efecto.

cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Si se ha entablado la acción antes señalada se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal⁵⁸. La citada norma implica que los jueces ahora tienen un deber, y no una mera facultad, para remitir a las partes a un arbitraje dentro de un determinado plazo, lo que ciertamente constituye un enorme avance.

El hecho que el juez pueda comprobar que el acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible no quiere decir que deba hacer un examen exhaustivo del mismo, pues ello contravendría la competencia del árbitro, sino que tal examen implica efectuar una observación general del contrato arbitral en torno a su existencia y la de sus elementos esenciales⁵⁹, de manera que el examen debiera limitarse a aquellos vicios que son manifiestos⁶⁰.

Varias de las legislaciones latinoamericanas han seguido esta norma: Bolivia (art. 12); Chile (art. 8º); Guatemala (art. 11); Honduras (arts. 40 y 41); Paraguay (art. 11); Perú (art. 15 y 16). Ecuador, en cambio, alcanza la disposición sólo en su primera parte, guardando silencio sobre la posibilidad del árbitro de continuar el proceso arbitral mientras está pendiente la excepción de competencia (art. 7 y 8). Otros países hicieron precisamente lo contrario, es decir, establecieron la posibilidad del árbitro de continuar el proceso arbitral, pero respecto de la oportunidad de oponer la excepción de competencia, se pronuncian de manera dispar⁶¹; mientras que los restantes (Brasil, Colombia, Costa Rica y Venezuela) no se pronuncian de una manera directa sobre el particular⁶².

Una cuestión ligada a la anterior dice relación con el reconocimiento de una menor formalidad del convenio arbitral. En efecto, en la mayoría de estas legislaciones el acuerdo arbitral puede probarse por cualquier docu-

⁵⁸ Para C. Espugles y M. McNerny, el párrafo segundo constituyó sin duda una novedad que conecta plenamente con el espíritu de la LM, al reconocer la aplicación de la primera parte de la norma con independencia del comienzo o no del procedimiento arbitral, respeto que refleja su reconocimiento como una institución de Derecho privado, "Aproximación a la nueva Ley Modelo de Uncitral sobre arbitraje comercial internacional", *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 11–28, esp. p. 17.

⁵⁹ Lo criticable sigue siendo que se requiera la petición de una de las partes, pues ello obliga a la parte diligente y cumplidora a hacer alegaciones sobre la materia. Así, el hecho de no presentarse implicará una renuncia de hacer valer este derecho y una consiguiente pérdida de eficacia del contrato.

⁶⁰ Vid. C. Conejero Roos, "El impacto de la Ley de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: un análisis Comparativo", *loc. cit.*, Nota N°17.

⁶¹ Así, por ejemplo, México (art. 1324) otorga mayores oportunidades procesales a las partes para oponer tal excepción intentando que el convenio arbitral pueda ser verdaderamente respetado, no obstante ciertamente tal disposición podría ser perjudicial, pues un litigante de mala fe podría dejar transcurrir las oportunidades iniciales del proceso y sólo reclamarlo en las etapas posteriores, logrando dilatar más allá de lo prudente esta cuestión. Vid. sobre el tema, J. Cardaso Palau, *loc. cit.*, p. 264–265. Otros, como Panamá (art. 11), impusieron al tribunal estatal la carga de remitir de oficio a las partes al proceso arbitral luego de comprobar la existencia de un acuerdo arbitral.

⁶² Para C. Conejero Roos, podría encontrarse igualmente en estos países alguna norma que permitiría defender la tesis que este efecto está implícitamente aceptado. "El impacto...", *loc. cit.*, p. 114.

mento escrito, tal y como lo establece la LMU⁶³, de manera que basta “un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo” (Chile, Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana); o bien, un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra” (Chile, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay y Perú) para tener cómo válido el convenio. Brasil solicita que el acuerdo conste por escrito, pero no se refiere a la terminología acuñada por la LMU; para Cuba, basta con una conducta procesal para considerar válida su existencia (art. 12).

3. Principio de intervención mínima de los tribunales estatales en el procedimiento arbitral

Una vez que el proceso arbitral se ha iniciado, se podrá requerir la intervención de los tribunales estatales para llevar a cabo algunas actuaciones que el árbitro no puede efectuar por sí solo. Dado que este es un hecho ineludible, la legislación arbitral moderna ha optado por limitar tal actuación bajo el principio de “intervención mínima” (arts. 5⁶⁴ y 6⁶⁵ LMU), con el objeto que la justicia estatal intervenga en contados casos y oportunidades debidamente regulados, sin formular mayores consideraciones acerca de la pertinencia de la realización de aquellas. Esta es la correcta situación que debiera darse en materia arbitral, por cuanto, si así no ocurre, se exponen a que se presenten puntos de fricción o conflictos entre ambos estadios, y se planteen numerosas confusiones sobre la institución arbitral, provocando muchos malestares a aquélla⁶⁶.

⁶³ Si bien J. Kleinheisterkamp, ha señalado que esta norma sería menos flexible que la existe en algunas normativas, como la chilena que no exigía requisitos formales sobre el convenio arbitral (*op. cit.*, p. 126), lo cierto es que en la legislación arbitral doméstica de este país el acuerdo arbitral nunca ha sido regulado de manera que este vacío debe llenarse necesariamente por las normas generales de los contratos y obligaciones contenidas en el Código Civil, que si imponen requisitos probatorios a estos efectos. *Vid.* M.F. Vázquez Palma, *Arbitraje en Chile...*, *op. cit.*, pp. 288 ss.

⁶⁴ Sobre este principio, *Vid.* G. Stampa Casas, “El juez de apoyo al arbitraje: nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de Medidas cautelares”, *La nueva ley de arbitraje*, *op. cit.*, 197; F. Mantilla-Serrano, *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, 2005, pp. 70–71; J. Hernández Burriel, *Comentarios a la ley de arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre* (coord. R. Hinojosa Segovia), 2^a ed., Madrid, 2008, pp. 59–60; L. Martí Míngarro, “La intervención judicial”, *Comentarios a la nueva ley de arbitraje, 60/2003, de 23 de diciembre* (coord. J. González Soria), Navarra, 2004, pp. 79–81; M.A. Fernández-Ballesteros, “Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje”, *Comentarios a la Nueva Ley de arbitraje 60/2003* (Coordinador J. González Soria), Navarra, 2004, pp. 83–96; R. Yáñez Velasco, *Comentarios sistemáticos a la ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje* (coord. R. Yáñez Velasco), Valencia, 2004, pp. 255–295.

⁶⁵ Al elenco relatado en el art. 6º deben agregarse otras que si bien están señaladas en la Ley, no se recogen de manera expresa en esta disposición, por ejemplo, nombrar a un árbitro sustituto si las partes no han logrado ponerse de acuerdo (aunque no se menciona expresamente en el art. 6º, se infiere de lo señalado en el art. 15) y pronunciarse sobre la petición de nulidad de la sentencia arbitral (art. 34, nº 2).

⁶⁶ R. Santos Belandro, ejemplificando la situación respecto de los países latinoamericanos (especialmente Argentina, Brasil, Uruguay, Perú), ha señalado que en éstos no existe una línea clara de

Revisado el marco general, debemos señalar que la carencia de este principio era uno de los puntos más acusados sobre la regulación arbitral de los países latinoamericanos, pues la intervención de los tribunales estatales en el proceso arbitral se realizaba en términos amplios e inconciliables con la autonomía de la institución arbitral, derivado principalmente de la tesis jurisdiccional que habitaba en la mayor parte de estas realidades norma⁶⁷. En la actualidad, y a pesar de la importancia y trascendencia que aquél ha alcanzado, no todas las legislaciones lo consagran de una manera clara. Entre las que sí lo hacen se encuentran la legislación boliviana (art. 9º), señalando los casos en que tal intervención se hará plausible (arts. 22, 23, 28, 36, 37); Guatemala (arts. 8 y 9); Honduras (art. 36); México (art. 1421); Paraguay (art. 8º); Perú (art. 97); Chile (arts. 5 y 6 LACI) y Rep. Dominicana (art. 8º); mientras que otros optaron por no reconocer este principio (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá y Venezuela), arrastrando los viejos y conocidos resabios existentes en la materia.

De la mano de lo anterior, debemos poner acento en la peligrosa judicialización que pueden sufrir los arbitrajes internacionales en muchos de estos países al facultar a los tribunales estatales a interferir más allá de lo prudente. En tal escenario podemos citar los casos de la *Compahia Paranense de Energía –Copel– c. UEG Araucaria Ltda.*, en Brasil, y de *Eriday c. Entidad BinacionalYacireta* en Argentina⁶⁸, en los cuales los tribunales de primera instancia de dichas jurisdicciones ordenaron la paralización de los procesos arbitrales (*anti-arbitration injunctions*). En el primer caso, se ordenó la paralización de un arbitraje conducido en París por considerar que el arbitraje versaba sobre derechos no susceptibles de disposición y, por tanto, no arbitrables a la luz de la ley brasileña en tanto involucraba intereses públicos. En el segundo, se estimó que el derecho de la demandada –entidad estatal– de participar en un acta de misión o compromiso no había sido respetado, y que existían intereses públicos comprometidos, lo que suponía una cuestión de orden público. Asimismo, en Argentina los tribunales han intervenido admitiendo la solicitud de medidas cautelares con el objeto de suspender procedimientos arbitrales (*Administración de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c. Hidroeléctrica Piedra de Águila S.A. y Akzo Nobel Coating S.A. y*

intervención, o bien vacíos legales sobre estas materias podrán originar conflictos con las autoridades estatales de no fácil solución. Agrega que quizás el mayor problema existente aún en las legislaciones latinoamericanas sea el hecho que a pesar de que una gran mayoría de ellas aceptan como único recurso contra el laudo el de nulidad o anulación, todavía persiste un grupo importante de países que admiten otros recursos, especialmente el de apelación. “Brisas favorables de orientación estatal impulsan, a vela desplegada, el arbitraje comercial internacional en la región”, en *Estudios de arbitraje*, pp. 561–563.

⁶⁷ Vid. B.M⁹ Cremades, “Momento actual del arbitraje comercial internacional en América Latina”, disponible en: <http://www.colegiodeabogados/revista/14/Articulo4.htm>.

⁶⁸ Vid. E. Silva Romero, “The Dialectic of International Arbitration Involving State Parties: observations on the Applicable Law in State Contract Arbitration”, *ICC International Court Of Arbitration Bulletin*, vol. 15, n° 2, pp. 79–92; *id.*, “La distinción entre Estado y administración y arbitraje resultante de contratos de Estado”, *Revista Internacional de Arbitraje*, 2004, pp. 155–177.

otro c. *Cámara Argentina de Comercio*). En otros casos, los tribunales han dado un mayor alcance a las causales de anulación, como ocurrió con Venezolana de *Televisión C.A c/ Electrónica Industriale S.P.A.*⁶⁹ en que se declaró la nulidad del laudo arbitral sobre la base que la disputa surgía de un contrato de interés público para cuya determinación tenían jurisdicción exclusiva los tribunales de justicia venezolano, potestad irrenunciable por la parte estatal.

Por la vía de la constitucionalización⁷⁰, también se han visto decisiones que con miras a proteger derechos fundamentales se han inmiscuido en un arbitraje internacional, así, por ejemplo, podemos citar en caso en Venezuela de *Corporación Todosabor, C.A. c. Hageen-Daz International Shoppe Company, Inc.*⁷¹, en que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia decidió que tenía el poder para revisar un laudo arbitral extranjero (dictado conforme a las reglas de la AAA en Miami) a través de un recurso constitucional extraordinario llamado amparo constitucional, a fin de preservar los derechos fundamentales, garantizados por la CP de Venezuela a la parte venezolana afectada⁷². Asimismo, por la vía de considerar que las decisiones arbitrales son también judiciales (asimilando el árbitro a un juez) y que éstas pueden ser objeto de determinados recursos, como ha ocurrido en Venezuela (*Venezolana Televisión, C.A. c. Electrónica Industriales S.p.a.*) y México, donde excepcionalmente procede el amparo (*Grupo Radio Centro, S.A. de C.V. y otros*)⁷³.

Algo similar ha ocurrido por la vía de brindar tutela constitucional a la actividad estatal, donde incluso se puede discutir si se pretende la nacionalización de los contratos en que participe el Estado y de los arbitrajes que de ellos resulten en tanto es la Constitución del Estado la que rige, en primer término, las relaciones del Estado y/o sus entidades⁷⁴. Sobre este punto, ha de comprenderse que el análisis de la validez y eficacia del acuerdo arbitral no depende del Derecho nacional del Estado, y cuando así sea existen ciertas legislaciones que reconocen el principio de que una entidad estatal, una vez firmado un contrato que contenga una cláusula arbitral, no puede sustraerse del mismo por la vía de invocar su propio derecho interno. Por lo demás, un árbitro perfectamente podría establecer si carece de competencia para resol-

⁶⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1981 de 16 de octubre de 2001.

⁷⁰ Esta vía es peligrosa, pues como sabemos no se trata de dejar de resguardar derechos esenciales, sino más bien de brindar de mecanismos adecuados al arbitraje y sólo cuando ellos no den respuesta satisfactoria se pueda entrar en este campo. Vid. C. Conejero Roos, "El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica", *El arbitraje comercial internacional en Iberoamerica*, Bogotá, 2009, p. 96.

⁷¹ Sentencia n° 174 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 14 de febrero de 2006. <http://www.cvarbitraje.com>; <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/21/sections/78/chapters/813/latin-america-overview/>

⁷² <http://www.kluwerarbitration.com>.

⁷³ Que en la actualidad se encuentra en trámite de revisión constitucional en cuya virtud se ha impugnado la decisión del Tribunal Colegiado de Circuito en México de permitir un amparo directo, basándose en la posición jurisprudencial predominante en México de que en contra de laudos arbitrales solamente procede el amparo indirecto.

⁷⁴ Vid. C. Conejero Roos, "El arbitraje comercial internacional...", *loc. cit.*, p. 95.

ver un determinado caso en que participe en Estado, o ser ésta atacada por la vía de acción de nulidad, por medio de las causales que protejan la vulneración de principios y/o elementos sustanciales del arbitraje. Lo contrario implicará reconocer que no se respeta un principio básico del instituto arbitral, como es la autonomía arbitral⁷⁵.

Las posibles problemáticas no sólo se albergan en esta falta de previsión del principio en comento, toda vez que aún cuando aquél se consagre podría ocurrir que el marco legislativo aplicable contenga la posibilidad de otros recursos o vías para que los tribunales estatales intervengan en un proceso arbitral, esta situación, a modo de ejemplo, podría ocurrir con Chile, toda vez que la consagración del principio de intervención mínima previsto en su LACI, no obsta la posible interposición de otros recursos como el de queja por medio del cual, los tribunales estatales podrían incluso dejar sin efecto un laudo arbitral si se comprueba que en su dictación se han cometido “faltas o abusos graves” (art. 545 COT)⁷⁶.

En general, este principio se puede revisar desde una doble dimensión, a saber: función de apoyo y control.

A) Función de apoyo

i) En cuanto al nombramiento de árbitros las legislaciones latinoamericanas establecen como norma general una amplia libertad para las partes, en relación principalmente a su número, procedimiento para su designación y nacionalidad; los tribunales estatales tendrán un rol subsidiario en estas materias, tal como lo señalan las legislaciones de Chile (art. 11.3º); Costa Rica (arts. 26 a 29); Guatemala (art. 13); Bolivia (art. 17 y 22); México (arts. 1426 y 1427); Paraguay (art. 13); Perú; y Venezuela (art. 17). Otros, confían tal misión a instituciones arbitrales, así acontece con Ecuador (arts. 16 y 17); Colombia (art. 129); Honduras (art. 45) y Paraguay (art. 14 y 15).

ii) En relación a la recusación de los árbitros, se deja en los tribunales estatales la posibilidad de decidir en forma inapelable sobre la procedencia de tales recusaciones a petición de la parte recusante. Así lo establece la legislación arbitral chilena (art. 13.3º); Bolivia (art. 29); México (art. 1429); Paraguay (art. 15). Otras legislaciones si bien siguen este criterio, no lo hacen de manera fiel, sino que reservan tal competencia para los casos en que el recusado sea un árbitro único, como ocurre con Venezuela (art. 38), Guatemala (art. 17), Honduras (art. 50) y Colombia (arts. 135–136 aunque también lo extiende a los casos de un tribunal colegiado en que existe empate en la decisión). Brasil (art. 15), Ecuador (art. 21), Panamá (art. 16) y Costa Rica (art. 34), Cuba, Ecuador,

⁷⁵ Vid. F. Mantilla–Serrano, “La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿hacia un arbitraje realmente autónomo?”, *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*, Bogotá, 2007, pp. 207–240.

⁷⁶ Así se dejó asentado en la discusión de la LACI. Vid. M.F. Vásquez Palma, “El principio de intervención mínima en la aplicación de la ley de arbitraje comercial en Chile”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. I, nº2, 2008, pp. 563–567; *id.*, *Arbitraje en Chile...*, *op. cit.*, pp. 55 ss.

El Salvador, han dejado reservada esta resolución en los propios árbitros y en subsidio en centros o instituciones arbitrales dejan esta facultad sólo en manos de los árbitros o de instituciones arbitrales.

Las causales de recusación adoptadas han sido disímiles, así mientras algunos han optado por asimilar las causales de independencia e imparcialidad a las existentes en el Derecho doméstico respecto de los jueces estatales, otros siguieron a la LMU en cuanto al establecimiento de una causal genérica de recusación, a saber, que existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia del árbitro, y en algunos casos, que éste no posea las calificaciones convenidas por las partes (Bolivia, art. 26, Brasil, art. 14, Chile, art. 12, Colombia, art. 130, Costa Rica, art. 31, Ecuador, arts. 19 y 21, Guatemala, art. 16, Honduras, art. 49, México, art. 1428, Panamá, art. 16, Paraguay, art. 14, Perú, art. 28, Venezuela, art. 35). De este modo, es posible reconocer ciertos rasgos comunes entre estas legislaciones referidos a una mayor libertad de las partes para regular los procedimientos de regulación, mayores facultades de los árbitros para resolver en primer término acerca de las recusaciones promovidas por las partes y el reconocimiento del rol de los tribunales estatales o de centros arbitrales en el control de estos procesos o último pronunciamiento.

iii) En cuanto a la posibilidad de adoptar medidas precautorias se debe indicar que antes de las respectivas reformas tal actividad se encontraba en manos prácticamente exclusivas de los tribunales estatales, pues se estimaba que los árbitros no podían concederlas, ni llevarlas a cabo⁷⁷. El art. 17 LMU cambia tal concepción al posibilitar lo contrario, es decir, que los árbitros puedan adoptar tales medidas a petición expresa de una de las partes, siempre que éstas no se hubieran opuesto anticipadamente, con la posibilidad de requerir garantías en relación a ellas. La mayor parte de los países latinoamericanos han seguido la aludida disposición permitiendo que los árbitros puedan concederlas, así lo establece Chile (art. 17); Bolivia (art. 13); Guatemala (art. 22); México (art. 1433); Panamá (art. 24); Paraguay (art. 20); Perú (art. 81); Venezuela (art. 26); de manera que la actuación de los tribunales estatales queda reducida a la ejecución de las mismas. Con todo, países como Colombia (art. 152) y Ecuador (art. 9), extienden tal facultad no sólo para su concesión, sino también para su ejecución si así lo han acordado las partes. En la legislación de Cuba los tribunales arbitrales están facultados para ordenar directamente la adopción de medidas cautelares cuando las mismas recaigan sobre bienes que se encuentran en posesión de una de las partes

⁷⁷ Una excepción a este respecto lo constituye la legislación chilena, pues aún cuando esta legislación no se pronunciaba de manera expresa sobre esta materia, ello no obstó a que la jurisprudencia se manifestara en términos positivos, bajo el razonamiento que a partir de los art. 2 y 3 del CPC serían aplicables las normas dadas para los jueces ordinarios a los árbitros, ya que al ser éstos últimos considerados como jueces, gozan de todas las prerrogativas de los primeros. *Vid.* CAM, "Arbitraje y medidas precautorias", disponible en: <http://www.camsantiago.cl>

referidas a su actividad. Similar es el caso de Nicaragua (art. 43), Perú (arts. 47 y 48 que además radica la concesión de estas medidas en los árbitros en primer lugar) y República Dominicana (at. 21), pues se confiere la facultad al tribunal arbitral de ejecutar directamente una medida provisional cualquiera que sea su alcance. Sólo Brasil (at. 22) y Costa Rica (art. 52) mantienen la posición contraria a este avance, lo que aumenta los riesgos de judicialización del proceso arbitral⁷⁸. Igualmente, la mayoría de estas normativas han expresado, siguiendo a la LMU (art. 9º), que el hecho que una de las partes ocurra ante un tribunal ordinario para solicitar una medida cautelar, no implicará en modo alguno una renuncia al convenio arbitral⁷⁹.

iv) Finalmente, otra de las áreas donde el apoyo de los tribunales estatales es necesario está en la producción de pruebas. El art. 27 LMU dispone que el tribunal arbitral o cualquiera de las partes, con la aprobación del tribunal arbitral, puedan pedir la asistencia de un tribunal competente de este Estado para la práctica de pruebas. Los países latinoamericanos han incorporado con rotundidad la aludida disposición en sus respectivas legislaciones⁸⁰, incluso alguna ha ido más allá, confiriendo un poder amplio al árbitro sobre esta materia⁸¹.

B) Función de control

Uno de los principales escollos que plantean las legislaciones arbitrales latinoamericanas reside precisamente en este punto, pues si bien un grupo importante plantea el recurso de nulidad como único, otros esgrimen aún la existencia de un régimen disímil y heterogéneo de recursos posibles de deducir respecto del laudo arbitral⁸². En el primer grupo encontramos el caso de Chile (art. 34)⁸³, México (art. 1457), Panamá (art. 34), Paraguay (art. 40),

⁷⁸ C. Conejero Roos, "El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica", *loc. cit.*, p. 80.

⁷⁹ *Vid.* Art. 9 LMU. Esta disposición no establece un cauce temporal o de prelación entre ambos conductos, por lo que se puede cuestionar la norma básicamente por la posible duplicidad que se genera y las posibles decisiones contradictorias que se podrían obtener, por ello es que resulta necesaria una mayor claridad legislativa en la materia. Bajo la lógica de los principios arbitrales, habría que reconocer como juez preferente en la protección cautelar al árbitro de la causa, limitando la actuación de la justicia estatal sólo a los casos en que el árbitro se encuentre impedido de poder decretar tales medidas. *Vid.* F. Ossa Guzmán, "La jurisdicción cautelar en el arbitraje comercial internacional", en *Estudios de arbitraje*, *op. cit.*, pp. 671-673; A. Romero Seguel y J.I. Díaz Villalobos, *El arbitraje interno y comercial internacional*, Santiago de Chile, 2007, p. 229.

⁸⁰ *Vid.* Brasil (art. 22); Chile (art. 27); Guatemala (arts. 34 y 35); Bolivia (art. 36); Venezuela (art. 28); México (art. 1444); Paraguay (art. 31) y Panamá (art. 24).

⁸¹ *Vid.* Art. 151 Ley arbitral colombiana.

⁸² *Vid.* R. Santos Belandro, "Brisas favorables de orientación estatal impulsan, a vela desplegada, el arbitraje comercial internacional en la región", *Estudios de arbitraje, Libro homenaje...*, *op. cit.*, pp. 561-563.

⁸³ Chile ostenta una situación peculiar, pues si bien se plantea en términos formales la existencia de este único recurso, no existen dudas sobre la posibilidad de aplicar el recurso de queja y el de protección que se entienden como irrenunciables de las partes, de manera que aún cuando nada se señale sobre aquéllos, son perfectamente posibles de interponer. *Vid.*, Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de agosto de 2004; M.F. Vásquez Palma, *Arbitraje en Chile...op.cit.*; pp. 55 ss; R.

Venezuela (art. 44), Perú; República Dominicana; y Ecuador (art. 31), mas sólo unos pocos han imitado la LMU en su cabalidad en relación a las causales atendibles para impetrar este recurso, entre los que se encuentran Chile, Bolivia (con la salvedad de la causal prevista en el art. 63 II. 7 “emisión del laudo fuera del plazo legal”), Guatemala (art. 43, aunque exige un plazo menor al señalado por la LM), México (art. 1457), Nicaragua (art. 61), Panamá (art. 34), Paraguay (art. 40), Perú (art. 63) y Rep. Dominicana (art. 39). En el segundo grupo encontramos a Argentina donde se debe distinguir si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores⁸⁴.

Brasil (arts. 32 y 33), si bien establece el recurso de nulidad, plantea menos causales a las señaladas por la LMU (*v.gr.*, falta de capacidad de las partes o de un debido proceso) y agrega otras que no están expresamente contempladas, además de no distinguir sobre su procedencia (petición de parte o de oficio). Con Costa Rica sucede algo similar, pues además de establecer el recurso de nulidad, agrega el de revisión (art. 64). Las causales de esta acción se contemplan en el art. 67, pero tal disposición difiere de las contempladas en la LMU tanto en sus causales, como en el plazo y su interposición. En la misma línea se encuentra Uruguay que también plantea como único recurso el de nulidad, pero restringe las causales⁸⁵.

Guatemala se distancia de este planteamiento al admitir como único recurso en contra del laudo arbitral, el de revisión (art. 43). La resolución de este recurso deberá confirmar, revocar o modificar el laudo arbitral y en caso de revocación o modificación, se hará el pronunciamiento correspondiente. Si observamos las causales designadas para dar cabida a este recurso, llegaremos a la conclusión que se trata básicamente de las mismas que las existentes para impetrar el recurso de anulación, bajo otra nomenclatura; no obstante, esta norma solicita adicionalmente la preparación del recurso y establece un plazo menor para su interposición.

Por este mismo camino la legislación boliviana, si bien admite el recurso de nulidad, agrega el recurso de “compulsa” que procede toda vez que el recurso de nulidad sea rechazado creando una especie de doble instancia (arts. 62 a 66). Asimismo, la legislación hondureña posibilita deducir en contra del laudo arbitral el recurso de nulidad (art. 73 y 74) y el de reposición. El prime-

Sateler, *op. cit.*, p. 388; J. Kleinheisterkamp, *op. cit.*, pp. 419–421; J. Figueroa Valdés, “Tópicos de la ley 19.971...”, *op. cit.*, p. 406.

⁸⁴ Sobre el primero se contempla un régimen amplio de posibles recursos, al disponer en su 758 que contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso. Si el proceso se hubiese sustanciado regularmente y la nulidad fuese únicamente del laudo, a petición de parte, el juez pronunciará sentencia que será recurrible por aplicación de las normas comunes; el segundo, en cambio, no lo será pero si se hubiese pronunciado fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos, las partes podrán demandar su nulidad dentro de cinco días de notificado (art. 771).

⁸⁵ A las siguientes: 1) Por haberse expedido fuera de término; 2) Por haberse expedido sobre puntos no comprometidos; 3) Por no haberse expedido sobre puntos comprometidos; 4) Por haberse negado a los árbitros a recibir alguna prueba esencial y determinante (Art. 499).

ro plantea algunas causales distintas a las comúnmente designadas para dar cabida a esta acción; el segundo se consagra para resoluciones arbitrales diferentes al laudo salvo en aquellos casos en que en la presente ley se ha dispuesto que carecen de recurso alguno. Colombia (arts. 163 a 166), El Salvador (art. 68), Honduras (art. 74) y Venezuela (Art. 44) también plantean situaciones particulares.

Dentro de las causales merece especial atención la vulneración del orden público que prácticamente todas las legislaciones contemplan, toda vez que existe un riesgo que su comprensión sea entendida en un espíritu muy localista o sencillamente distinto al pretendido por la LMU, creando una práctica local nociva para el arbitraje internacional. Adicionalmente, los problemas que la heterogeneidad de causales no concebidas por la LMU puede suscitar son variados, por ejemplo, si se han eliminado causales, el laudo podría validarse y eventualmente ejecutarse no obstante adolecer de vicios que a la luz de la regulación universal del arbitraje lo harían anulable; si se han ampliado los recursos o las causales o incorporado otras distintas a las señaladas por la LMU se producirá el efecto contrario al exponer la validez del laudo, sin contar además la posible dilación que sufrirá el proceso arbitral⁸⁶.

Debemos considerar finalmente que el recurso de nulidad no debe implicar una segunda instancia ya que a los jueces competentes para conocer de dicha acción no les está permitido valorar la prueba o la interpretación o aplicación de las normas jurídicas, ya que son éstas materias de la exclusiva competencia del árbitro. Por ello, se trata más bien de una acción que normalmente se denomina de “anulación” a la que no pueden renunciar las partes, tiene una naturaleza procesal y no material y se plantea con el único objeto de revisar judicialmente el laudo arbitral, en la medida que pretende un control externo de aquél, sin entrar a un enjuiciamiento sobre el fondo de la decisión arbitral⁸⁷. Es decir, mediante el ejercicio de la acción de anulación se pretende tan solo que el tribunal se pronuncie acerca de la validez del laudo por las causales indicadas⁸⁸. Se trata de un proceso civil declarativo especial, de carácter plenario que ha de fundarse en un motivo legal y que pretende dejar sin efecto un laudo arbitral. El tribunal puede rescindir el fallo, pero le está vedado sustituir la decisión de los árbitros por la suya pro-

⁸⁶ Vid. C. Conejero Roos, “El arbitraje comercial internacional...”, *loc. cit.*, p. 84.

⁸⁷ J. Burgos Ladrón de Guevara, “La intervención jurisdiccional del arbitraje”, en *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva ley de arbitraje 60/2003*, San Sebastián, 2005, p. 74.

⁸⁸ Sobre esta acción, Vid., R. Hinojosa Segovia, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (estudio jurisprudencial)*, Madrid, 1991; M. Gómez Jene, *El arbitraje internacional en la ley de arbitraje de 2003*, Madrid, 2007, pp. 144–156; M.A. Fernández-Ballesteros, “Acción de anulación del laudo”, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 411–414; J. Cardaso Palau, “Motivos”, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 415–447; J.L. González-Montes Sánchez, “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, *op. cit.*, pp. 224–282.

pia⁸⁹. Constituye en fin, un proceso especial por cuanto no está pensado para hipótesis generales, sino específicas y que debe fundamentarse en alguna de las causas legales y previamente establecidas.

4. Reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales

Frente a la ejecución del laudo comercial internacional, la LMU establece causales de denegaciones tasadas en su art. 36, independientemente del hecho que el laudo haya sido dictado en el mismo país en que se pretende la ejecución o en otro. El objeto era ante todo uniformar los criterios denegatorios del laudo arbitral internacional y el régimen aplicable sobre la materia en relación a la Convención de Nueva York⁹⁰.

Los países latinoamericanos presentan a este respecto un tratamiento nuevamente disímil, pues si bien se parte de la base del reconocimiento a priori del laudo arbitral, lo que se desprende del hecho de imponer sobre la parte en contra de la cual el reconocimiento o ejecución es pretendido, la carga de la prueba acerca de los motivos que harían procedente su denegación, no todas se guían por el espíritu de la LMU. En efecto, algunas de estas legislaciones han establecido que en esta materia regirán las Convenciones y Tratados internacionales sobre reconocimiento y ejecución de laudos que resulten aplicables y sólo con carácter supletorio lo harán las causales de la LMU en aquellos casos que excede dicho ámbito de aplicación⁹¹. Otras, en cambio, sólo se refieren a las primeras, pretiriendo absolutamente las causales de la LMU⁹²; y en los restantes, siguiendo fielmente a la LMU, sólo se hace mención sólo a éstas últimas⁹³, sin perjuicio que en su cuerpo normativo también hagan referencia a las anteriores.

Pues bien, en el caso de éstos últimos países se debe considerar que el juez estatal ha de tener en cada caso un distinto criterio, es decir, para anular el laudo o para denegar la ejecución del mismo, lo que se ha criticado por establecer, en la práctica, un doble control del mismo laudo⁹⁴. Ello se debe a que

⁸⁹ Cf. R. Hinojosa Segovia, *Comentario a la ley de arbitraje* (coords. A. de Martín Muñoz y S. Hierro), Madrid, 2006, pp. 341–342.

⁹⁰ Sólo se modificó el 1º motivo de la lista (“que las partes en el acuerdo de arbitraje estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable”) pues se consideró que contenía una norma de conflicto de leyes incompleta y que podía dar lugar a equívocos. Nota explicativa disponible en www.uncitral.org.

⁹¹ Vid. Guatemala (art. 45 y 47), Honduras (art. 89 y 92), Paraguay (art. 44) y Bolivia (art. 80);

⁹² Vid. Colombia (art. 197), Ecuador (art. 42). Asimismo, si bien Costa Rica no hace referencia a ninguna de las dos normativas de manera expresa, se entiende que igual rigen las Convenciones Internacionales sobre esta materia.

⁹³ Vid. Chile (art. 36), México (art. 1461), Venezuela (art. 49) y Brasil (art. 38), aunque en este último caso las causales no son idénticas.

⁹⁴ Sobre la posible desaparición del recurso de nulidad, vid. L. Pereznieta Castro y J. A. Graham, “¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?”, *Estudios de arbitraje, Libro homenaje...*, op. cit., pp. 595–607. Los autores explican esta situación a partir de una reiterada corriente jurisprudencial que ejecuta los fallos en sus respectivos países, no obstante haber sido ellos anulados en el Estados

el juez de impugnación necesariamente tendrá vocación de dar una resolución que trascienda sus fronteras⁹⁵, pues declarada la nulidad del laudo arbitral, ésta tendrá efectos para todas las legislaciones en que se pretenda reconocer y que siguen este planteamiento, a diferencia de la decisión del juez del reconocimiento que es necesariamente de ámbito nacional, pues afecta sólo al país en que se pretende reconocer y ejecutar la sentencia⁹⁶.

Esta apreciación es importante pues si estamos ante un laudo arbitral que no ha sido impugnado ante el juez en el Estado donde se ha pronunciado, la tutela jurisdiccional se desplaza necesariamente al juez del reconocimiento. Además, los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo sólo son válidos y eficaces en el Estado o Estados en los que la parte vencedora pretenda su reconocimiento y ejecución, en tanto que las causales de nulidad tienen repercusiones más amplias porque impide respecto de todos los demás Estados su ejecución⁹⁷. En este escenario, son válidos los comentarios antes esbozados a propósito de la anulación del laudo, lo que implica que no se debe abandonar la perspectiva moderna que ha de regir el arbitraje internacional, con la que han de conjugarse las respectivas causales⁹⁸.

Dentro de los mayores problemas que se avizoran en relación a esta materia se encuentra el hecho que no todas las legislaciones arbitrales latinoamericanas, a diferencia de la LMU, acogen la idea de que las normas sobre reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional se apliquen indistintamente al laudo emanado de un arbitraje internacional, cualquiera que sea su país de origen. Un número importante todavía limita la aplicación de estas normas al laudo dictado en el extranjero, es decir, a aquél que ha sido dictado en una jurisdicción distinta del que se pretende hacer ejecutar, lo que importa asimilar un laudo internacional a uno dictado en un país extranjero, y a un laudo internacional dictado en un país sede como un laudo nacional lo que equivale a excluir el trámite del exequátur⁹⁹. Entre estos países

sede. En otros casos, los países han sencillamente eliminado el recurso de sus legislaciones o han permitido su renuncia, básicamente por considerar que la sede responde sólo a una ficción legal.

⁹⁵ Como explica E. Artuch Iriberrí, es necesario recordar que se trata del plano internacional, de manera que la interpretación y calificación de los conceptos, en buena lógica, va a responder al campo en que se proyecta; *vid. El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, pp. 153 ss.

⁹⁶ M^aV. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, p. 26.

⁹⁷ *Vid.* art. V.1º, e) CNY y art. 36.1º LMU.

⁹⁸ El art. 9 Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional o Convenio de Ginebra (CG) ha suprimido las causales referidas a la arbitrabilidad y la contrariedad al orden público, por la posibilidad existente de que sean controladas por el juez del exequátur. Esto impide un doble control sobre las mismas materias que, en el arbitraje comercial internacional, encerraría un riesgo evidente: la duplicidad de ordenamientos nacionales proyectándose sobre las mismas categorías, en momentos diferentes y ante dos jurisdicciones distintas.

⁹⁹ En este mismo sentido, *vid.* C. Conejero Roos, "El arbitraje comercial internacional...", *loc. cit.*, p. 86.

se encuentran: Argentina (art. 517 CPCyC), Bolivia (art. 79), Brasil (art. 35), Colombia (art. 198), Panamá (art. 40) y Perú (Art. 75).

Otros países asimilan los laudos arbitrales domésticos, extranjeros e internacionales brindándoles un tratamiento uniforme (Ecuador, art. 32); mientras que unos pocos copian la fórmula de la LMU extendiendo el trámite de reconocimiento a todo laudo arbitral internacional cualquiera sea el país en que se haya dictado, entre los que se encuentran Chile, art. 35; México, art. 1461; Nicaragua, Cap. VIII; Rep. Dominicana, art. 45; Paraguay, art. 45; Venezuela, art. 48). El Salvador (art. 79), Guatemala (art. 89) y Honduras (art. 89), al establecer que este procedimiento se aplicará tanto a laudos extranjeros como a los internacionales definidos en dichas leyes.

En cuanto al régimen aplicable, como ya señalamos, no todas las legislaciones siguen idéntico camino. Para algunos son aplicables en primer lugar las convenciones internacionales, reconociendo como supletorias las causales de la LMU o sus normativas domésticas (Bolivia, arts. 80–72, Guatemala, art. 45, Honduras, arts. 89–92, Panamá, art. 39, Paraguay, art. 44–46, Perú, art. 45). Otros países sólo se han remitido a las convenciones internacionales sin hacer mención a la LMU (Colombia, art. 197, Ecuador, art. 42), mientras países como Chile (art. 36), Brasil (art. 38), México (art. 1461), Venezuela (art. 49), sólo se hacen cargo de las causales de la LMU sin hacer referencia a las convenciones internacionales. La problemática envuelta liga, en el primer caso, con la posibilidad que aquéllas no sean aplicables por razones de reciprocidad, y/o que por no regirse supletoriamente por la LMU no podrán hacerse aplicables tales causales. Por lo demás, si el laudo internacional es dictado en el mismo país en que se pretende ejecutar y como tal se entiende doméstico y no internacional o extranjero, sus causales de denegación serán las señaladas en sus legislaciones internas, con la peligrosidad que conlleva el hecho que en aquellos sistemas se mantenga un régimen dual del arbitraje.

Finalmente, en el caso de los países que no hacen referencia a las convenciones internacionales, podrían presentarse problemas de interpretación acerca de cuál debiera primar. En tal sentido, se deben destacar aquellas legislaciones que han establecido un principio de aplicación de la regla más favorable como ocurre en la CNY (art. VII), Bolivia (art. 80), Guatemala (art. 45), Paraguay (art. 44) y Perú (art. 75).

III. Reflexión final

Es un hecho que el instituto arbitral, principalmente en sede comercial internacional, se ha modernizado en la mayor parte de los países Latinoamericanos. Uno de los principales efectos que ello provoca es la posible elección de uno de estos lugares como sede de arbitraje, principalmente en los casos en que se ha seguido de cerca la LMU al contar con los recursos esenciales para ocuparse de esta empresa.

No obstante, si bien una gran cantidad de legislaciones arbitrales Latinoamericanas han seguido y/o adoptado la LMU, no se pueden soslayar el hecho que el correcto entendimiento de la institución arbitral podría verse empañado en base a dos consideraciones: primero, si con la nueva regulación coexisten normas arbitrales anacrónicas, pues ellas podrían hacer inteligible la dinámica que requiere el instituto arbitral para tornarse eficaz; y, segundo, si se interpreta esta normativa de una manera que desatienda el instituto arbitral moderno y ceda ante una visión interna o anticuada del mismo. En este contexto, cabe el análisis efectuado precedentemente, en tanto nos recuerda que el arbitraje no es completamente autónomo, sino que requiere en muchos casos de la observancia y colaboración de la justicia estatal, de manera que si ésta no comprende los principios y cimientos del instituto arbitral, por más que una normativa consagre un determinado supuesto, éste podría quedar obsoleto en base a una errada interpretación. Para ello debemos recordar que la naturaleza que se predica sobre la institución arbitral en la mayor parte de los países latinoamericanos era o es “judicial, procesal y/o estatal¹⁰⁰, de manera que hemos de esperar que tal comprensión sea verdaderamente abandonada en la respectiva práctica del arbitraje.

En definitiva, se precisa sus legisladores, centros arbitrales y tribunales estatales, que son los que en definitiva están llamados a implementar mejoras tanto por vía normativa como interpretativa, tomen en consideración los posibles problemáticas, muchas de ellas enunciadas en las líneas precedentes, con el objeto de optimizar esta institución en sus respectivos países¹⁰¹. En tal contexto, el presente art. 1 pretende constituir un modesto aporte a considerar por los actores involucrados.

¹⁰⁰ Un ejemplo en tal sentido lo constituye la legislación arbitral doméstica chilena, donde la doctrina, siguiendo el lineamiento legal existente, ha planteado al arbitraje habitualmente como sinónimo de un “juicio”. Así, P. Aylwin Azocar, hace sinónimos el juicio arbitral y el arbitraje al expresar “El juicio arbitral o arbitraje es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegido por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones”, o bien como una institución del Derecho procesal. *El juicio arbitral*, Santiago de Chile, 2005, p. 17. En el mismo sentido, *Vid.*, R. Eyzaguirre Echeverría, *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*, Santiago de Chile, 1981, p. 17. R. Sandoval López, *Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional. Análisis de la ley N° 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre arbitraje comercial internacional*, Santiago de Chile, 2005, lo describe como una jurisdicción especial, o bien se guarda silencio sobre exacta calificación, *vid.* E. Paillas, *El arbitraje nacional e internacional privado*, Santiago de Chile, 2003. Para un profundo análisis sobre esta materia, *vid.* MF. Vásquez Palma, *Arbitraje en Chile...*, *op. cit.*

¹⁰¹ *Vid.* MF. Vásquez Palma, “¿Están preparados los países Latinoamericanos para ser sedes de arbitraje?”, *loc. cit.*